

University of Groningen

Tirannie en territoire

Strijards, G.A.M.

Published in:

Pet af : liber amicorum D.H. de Jong

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2007

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Strijards, G. A. M. (2007). Tirannie en territoire. In B. F. Keulen, G. Knigge, & H. D. Wolswijk (editors), *Pet af : liber amicorum D.H. de Jong* (blz. 463-482).

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Tirannie en territoire

G.A.M. STRIJARDS^o

I. De grondslag van de telastelegging

I.1 Een fundamenteel recht en een constitutionele waarborg

Waarom zijn in het Nederlandse strafvorderlijk systeem de telasteleggingen toch zo ingewikkeld geformuleerd? Dat is een vraag die mij vaak gesteld wordt, zowel op congressen in het buitenland als door leken in Nederland: waarom toch al die ‘althansen’¹, die ‘en/of’ ’s, die ‘subsidiairs’ en dat ‘of, voorzoveel voor vorenstaande geen veroordeling mocht kunnen volgen’, enfin, zeker de lezer van deze aan Dirk Herman de Jong opgedragen feestbundel weet wel wat ik bedoel. Ik pleeg dan te antwoorden: dat is om de vervolgte zekerheid te geven omtrent de vraag, voor welk feit hij zich ter terechtzitting heeft te verantwoorden. Dat is ook het antwoord dat De Jong in 1981 op die vraag zou hebben gegeven. De telastelegging is tiranniek: zij vormt dwingend het onderzoeksthema waarbinnen de strafrechter tot zijn eindoordeel moet komen aangaande de vraag of de vervolgte ‘iets strafbaars’ gedaan heeft. Buiten dat thema mag de rechter in beginsel *ten nadele* van de vervolgte niet gaan. De Jong spreekt in dit verband zelfs van een ‘fundamenteel recht voor iedere verdachte’². Het gaat hier om een kwestie die De Jong zijn hele wetenschappelijke carrière zal blijven bezighouden, getuige zijn publicaties³. Wanneer ik evengevoemd antwoord geef, kijken de vragenstellers (meestal) raar op. Hun wedervraag is dan: als het erom gaat dat de vervolgte moet (kunnen) *weten (en dus: begrijpen) wat voor soort verwijt hem treft*, waarom die ingewikkelde worsten van zinnen dan, met een woordgebruik dat alleen voor juristen (en soms zelfs voor hen niet) begrijpelijk is? Het ligt uiteraard genuanceerder. Dat geeft De Jong ook, vooral in latere publicaties⁴, aan. De geadresseerde van de telastelegging is eigenlijk niet zozeer de

^o Hoogleraar internationaal strafrecht Rijksuniversiteit Groningen.

¹ Bepaald legendarisch is de vervolging van een Nederlandse marineman voor de temporaire krijgsraad Batavia in 1937 waarbij de verdachte volgens de telastelegging verweten werd dat ‘hij opzettelijk gewelddadig en met kracht de sado-voerder Mohammed Hatta heeft mishandeld met de vuisten, immers hij heeft voornoemde Hatta een wond aan het hoofd toegebracht ter grootte van een rijksdaalder, althans twee gulden en vijftig cent’.

² D.H. de Jong, *De macht van de telastelegging in het strafproces*, Arnhem: Gouda Quint 1981, p. 1-2.

³ Zie ondermeer zijn: ‘De grondslagleer: véél recht in één vorm, De Commissie Moons en het Nederlandse telasteleggingsstelsel’, in: *Delikt en Delinkwent* 1993, p. 1026-1041.

⁴ Zie bijvoorbeeld zijn: ‘De werkelijke waarde van de grondslagleer’, opgenomen in: *Systeem in ontwikkeling*, Liber amicorum G. Knigge, Nijmegen/Tilburg: Wolf Legal Publishers 2005, p. 301-312.

vervolgde (al is hij dat óók wel), maar de *strafrechter*. Die wordt gebonden door de telastelegging, die moet haar naar zin en strekking kunnen begrijpen. Hij moet op grondslag van de telastelegging oordelen over de beschuldiging. Hij mag dus niet gaan onderzoeken of de vervolgde eigenlijk niet beter van iets anders beschuldigd had moeten worden. Dat bevordert de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de strafrechter. Dat dwingt de rechter de vervolgingsbeslissing te respecteren. Dat belet de rechter het vervolgingsbeleid voortvloeiend uit het opportuniteitsbeginsel te gaan beoordelen. De verantwoordelijkheid daarvoor ligt niet bij hém. En daardoor blijft hij er verre van te treden in de politieke verantwoordelijkheid van de Minister van Justitie die dat beleid tegenover de Kamers moet (kunnen) verdedigen. Alleen zó kan het opportuniteitsbeginsel ‘werken’, omdat alleen zó de democratische controle op de hantering ervan mogelijk is⁵. Daarom vindt men in veel andere EU-landen, waar dat opportuniteitsbeginsel niet geldt, ook die tirannie niet. Van daar dat buitenlanders ‘raar’ naar ons staan te kijken, als het om de bewoordingen van de telastelegging gaat⁶. Zo is die tirannie eigenlijk niet minder dan een constitutionele waarborg voor de scheiding der machten. Wie weet hoezeer ‘de politiek’ als de zeeën weer eens hóóg lopen greep tracht te krijgen op dat vervolgingsbeleid (óók als een zaak al rechtsaanhangig is) – zowel in concrete gevallen, als meer in het algemeen – kan juist dit effect van de tirannieke grondslagleer te meer waarderen.

I.2 Tirannie en rechtsmacht

Door de tirannie van de telastelegging kan het Nederlandse Openbaar Ministerie de eigen nationale, dus: Nederlandse, rechtsmacht in het leven roepen door een strafbaar feit, althans mede, in Nederland te localiseren en te reppen van een gedraging die ‘althans (mede) te Nederland’ is begaan. Het gaat hier om de eigenaardige verhouding tussen art. 2 Sr⁷ dat het *materiële* territorialiteitsbeginsel formuleert en art. 261 Sv dat opgeeft wat de *inhoud* van de telastelegging moet zijn. Het laatste artikel schrijft voor dat de *plaats* van het feit voldoende precies moet zijn omschreven.⁸ We weten allemaal hoe liberaal de Hoge Raad daarmee omspringt: ‘in Nederland, België, Zwitserland en/of Engeland, in elk geval in Europa’ is soms al voldoende als het

⁵ Zie ook: G.Knigge, ‘Strafvordering in het geding’, preadvies in: Herbezinning op (de grondslagen van) het Wetboek van Strafvordering, *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging* 1994-I, Zwolle 1994, p. 37 vv.

⁶ Verliest Corstens dat niet uit het oog als hij zich kritisch, ondermeer onder referte aan wat in rechtsstaten als Frankrijk en Duitsland in dit opzicht gangbaar is, over de grondslagleer uitlaat? Zie: G.J.M. Corstens, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 592-599. Zie ook: J.Boksem, *Op den grondslag der telastlegging*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1996, p. 53-132.

⁷ Art. 2 Sr luidt: ‘De Nederlandse strafwet is toepasselijk op ieder die zich in Nederland aan enig strafbaar feit schuldig maakt’.

⁸ Uitvoering: Corstens, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, a.w., p. 516-517.

telastegelegde door vermelding van andere gegevens maar voldoende is geïdentificeerd⁹. Maar enige ‘vaste’ plaatsbepaaldheid moet er wel zijn: de aanduiding ‘te Amsterdam, althans in Nederland, althans elders’ houdt als zodanig in dat het feit overal en nergens kan zijn begaan en dat is niet voldoende precies¹⁰. Ook al zegt de wetstekst het niet met zoveel woorden – zoals oorspronkelijk wél het geval was¹¹ – zo’n gedelocaliseerde telastelegging die niet tijdig bijgesteld wordt door het Openbaar Ministerie is nietig¹². Dat schrappen van de zinsnede ‘alles op straffe van nietigheid’ uit art. 261 Sv¹³ heeft voor de eis van de *plaatsbepaaldheid* van het telastegelegde feit niet zo héél veel betekenis, want wie Blok en Besier opslaat in de editie van 1925¹⁴ kan reeds ontwaren dat deze gezaghebbende auteurs deze eis ook al liberaal

⁹ HR 21 januari 1986, *NJ* 1986, 418 m.nt. ThWvV.

¹⁰ HR 22 juni 1954, *NJ* 1954, 476.

¹¹ Art. 261 Sv luidde oorspronkelijk: ‘De dagvaarding behelst eene opgave van het feit dat te laste wordt gelegd, met vermelding omstreeks welken tijd en waar ter plaatse het begaan zou zijn; alles op straffe van nietigheid. Zij behelst tevens de omstandigheden waaronder het feit zou zijn begaan.’

¹² Zie ook: J.M. Reijntjes, bewerker van *Minkenhof's Nederlandse strafvordering*, Deventer: Kluwer 2006, p. 299.

¹³ Art. 261, eerste lid, Sv luidt sedert de Wet van 14 september 1995, Stb. 1995, 441 (de zogenaamde ‘Wet vormverzuimen’) als volgt: ‘—1. De dagvaarding behelst een opgave van het feit dat ten laste wordt gelegd, met vermelding omstreeks welke tijd en waar ter plaatse het begaan zou zijn; verder vermeldt zij de wettelijke voorschriften waarbij het feit is strafbaar gesteld.’ Het schrappen van ‘alles op straffe van nietigheid’ was de (uiteindelijke) resultante van de deformaliseringstaak van de zogeheten ‘Commissie Moons’ die het strafprocesrecht moest ontdoen van nodeloze vormvoorschriften, althans vormvoorschriften waarvan de schending automatisch nietigheid zou teweegbrengen. Zie ondermeer het eerste rapport van deze Commissie herijking Wetboek van Strafvordering, *Herziening van het gerechtelijk vooronderzoek*, Arnhem: Gouda Quint 1990. In dit rapport ontdekt men de deformaliseringsteneur van de laatste jaren van de twintigste eeuw (het ‘no nonsense’-tijdperk) leidende tot schrapping van allerlei vormvoorschriften waarvan de praktijk zich toch al feitelijk niet bijzonder veel aantrok. Zie: F.A.J. Koopmans, commentaar op art. 261, opgenomen in: G.P.M. Cleiren, J.F. Nijboer, *Strafvordering, Tekst en Commentaar, De tekst van het wetboek van Strafvordering en enkele aanverwante wetten voorzien van commentaar*, Deventer: Kluwer 2003, p. 705-706. Koopmans wijst er op dat het schrappen van de woorden “alles op straffe van nietigheid” niet betekent dat géén nietigheid meer kan intreden, maar alleen maar dat die nietigheid niet automatisch intreedt als niet aan de letter van de wet wordt voldaan. Substantiële nietigheid blijft aangewezen als de inhoud van de telastelegging niet te rijmen is met de eis van de plaatsbepaaldheid van art. 261 Sv; aan de jurisprudentie daaromtrent heeft de schrapping niet afgedaan. Ik zou menen dat het hier dus om een betrekkelijk optische wijziging gaat. Na 1995 heeft de wetgever die tendens langdurig voortgezet.

¹⁴ A.J. Blok, L.Ch. Besier, *Het Nederlandsche strafproces*, 3 delen, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon 1925, deel II, p. 15-17. Vgl. T.J. Noyon, *Het Wetboek van Strafvordering*, Arnhem: S.Gouda Quint 1926, p. 372: ‘Voldoende is de telastlegging van plegen op eene bepaalde plaats of elders in Nederland indien de verdachte daardoor niet in zijne verdediging is belem-

opvatten. Het is waar, het woord ‘omstreeks’ in de wetstekst slaat niet op ‘waar ter plaatse’ maar behoort alleen bij ‘welken tijd’; het woord ‘omstreeks’ kan niet én voorzetsel én bijwoord zijn in een zelfde volzin. Je zou dus zeggen dat Blok en Besier hier aankoersen op een strikte uitleg van ‘waar ter plaatse’. Maar neen. ‘De uitdrukking waar ter plaatse’, zo orakelen zij, ‘dwingt echter zelve reeds niet tot enige begrenzing.’¹⁵ Ik zou eigenlijk niet weten waarom niet. ‘Ter plaatse’ is ‘ter plaatse’ en ‘ter plaatse A’ omvat niet zonder nadere uitleg ‘mede ter plaatse B’, althans, ik kan de taalkundige rechtvaardiging daarvoor niet vinden. Maar ook Blok en Besier verwijzen aanstonds naar de indagingsfunctie van de telastelegging: zolang de verdachte maar weet waarom het gaat is hij, ook door zeer vage plaatsbepalingen, niet in zijn verdediging geschaad en is het gerechtvaardigd dat de rechter met die vaagheid genoegen neemt. Ik zou zeggen dat hier demonstrandum tevens premisse is. Heel en passant merken Blok en Besier op dat de plaatsbepaaldheid van het telastegelegde belangrijk is voor de *bevoegdheid* van de Nederlandse rechter en de *ontvankelijkheid* van het Nederlandse Openbaar Ministerie¹⁶. En hier raken zij mede aan de (internationale) jurisdictievraag, al werken zij die niet nader uit. *Als* een feit (mede) te Nederland is begaan, dan is stellig het Nederlandse Openbaar Ministerie en althans ‘een’ Nederlandse rechter bevoegd. Hier ligt duidelijk een link naar het territorialiteitsbeginsel. Met dat beginsel is het eigenaardig gesteld, althans in het Nederlandse recht. Het beginsel kent twee uitwerkingen: een materiële variant en een formele. De materiële is gecodificeerd. Zie het al genoemde art. 2 Sr; jurisprudentieel en dogmatisch is die variant redelijk uitgekristalliseerd¹⁷. Maar nu de formele variant. Praktisch is die veel belangrijker – en dus ook veel betwister met betrekking

merd. Onjuiste vermelding van tijd en plaats levert op zichzelf geene reden tot nietigverklaring van de dagvaarding op.’

¹⁵ Blok, Besier, *Het Nederlandsche strafproces*, a.w., p. 16: ‘Een nauwkeurige vermelding van tijd en plaats wordt voor de geldigheid der dagvaarding niet verder vereischt, dan noodig is om den verdachte omtrent het te laste gelegde volledig in te lichten. Wel zijn er gevallen, waarin de strafbaarheid van het gepleegde feit afhangt van tijd en plaats ervan – b.v. het geopend hebben van een tapperij, in een bepaalde gemeente gelegen, na het daar voorgeschreven sluitingsuur – doch hiervan behoeft te dezer plaatse niet gesproken te worden, evenmin als van de eischen, welke de regeling der verjaring van het recht tot strafvordering en die der rechterlijke bevoegdheid stellen. Art. 261 eischt alleen de vermelding *omstreeks* welken tijd en waar ter plaatse het te laste gelegde feit begaan zou zijn. Taalkundig behoort het woord “omstreeks,” dat immers niet tegelijk voorzetsel en bijwoord kan zijn, alleen bij “welken tijd”. De uitdrukking “waar ter plaatse” dwingt echter zelve reeds niet tot eene enge begrenzing.’

¹⁶ T.a.p.

¹⁷ Zie: G.E. Langemeijer, ‘Le principe de territorialité’, opgenomen in: *Le droit pénal international, recueil d’études en hommage à Jacob Maarten van Bemmelen*, Leiden: Brill 1965, p. 17-37; hij citeert met instemming Mendelsohn Bartholdy die wijst op de natuurlijke kracht en hardnekkigheid van deze variant. Zie voor het heden: J. de Hullu, *Materieel strafrecht, Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2000, p. 129 vv.

tot de verschillende uitwerkingen ervan, zeker in het internationaal verkeer – en tóch staat die variant in de Nederlandse regelgeving nergens gecodificeerd. Je zou toch eigenlijk ná art. 1 Sv eigenlijk een zelfde beginselverklaring verwachten zoals die verwoord in art. 2 Sr. Maar niets daarvan. Wat houdt deze variant nu eigenlijk in? Grosso modo tweeërlei:

–a. alleen Nederlandse ambtenaren mogen in Nederland strafvorderlijk optreden, tenzij de formele wet uitdrukkelijk buitenlandse opsporingsambtenaren toestaat iets dergelijks te doen. Daarom ontstaat er juridische heibel, als in een uitleveringsgeding, waarbij de USA de uitlevering eist van twee Zwitsers in Nederland, blijkt dat deze Zwitsers op Nederlands grondgebied door ambtenaren van de Amerikaanse Drugs Enforcement Administration (DEA) zijn uitgelokt tot drugstransporten en drugshandel. Hier schendt de USA de Nederlandse territoriale soevereiniteit, gedefinieerd via de *formele* variant, niet alleen omdat die uitlokking niet ‘mag’ maar met name omdat Nederland onkundig was van het optreden van de DEA¹⁸. Zo mogen volgens de Schengen II¹⁹ en Schengen III²⁰ verdragen buitenlandse ambtenaren hier optreden, mits zij de *lex loci*, de Nederlandse strafvordering, maar in acht nemen.

–b. En Nederland mag in het *buitenland* niet strafvorderlijk optreden tenzij dat buitenland dat uitdrukkelijk toestaat en het mag ook zijn strafvorderlijke competenties in *Nederland* niet zodanig uitbreiden dat het eigenlijk Nederlands strafvorderlijk optreden in het buitenland bevordert, bijvoorbeeld door in het Nederlandse recht allerlei formele, strafvorderlijke territorialiteitsficties te hanteren, bijvoorbeeld door te bepalen dat fysiek ‘tappen’ in *Nederland* via een satellietverbinding waarbij een in het buitenland verblijvende verdachte wordt uitgeluisterd inhoudt dat het dwangmiddel alleen in Nederland werd toegepast²¹.

¹⁸ Zie Marian Husken en Freke Vuijst, ‘Uitgelokt in Amsterdam’, in: *Vrij Nederland* 12 mei 2007, p. 49-53. De auteurs zijn van oordeel dat de uitlevering door de Minister van Justitie deswege niet toegestaan had moeten worden. Dat ben ik met hun eens; de uitleveringsrechter was van het DEA-optreden niet op de hoogte. Of hij, als hij dat wél was geweest, ontoelaatbaar had moeten verklaren, acht ik in dit geval zeer pleitbaar, maar de onderbouwing daarvan gaat het bestek van deze bijdrage te boven.

¹⁹ Schengen II is bekend als de Schengen-Uitvoeringsovereenkomst (SUO) *Trb.* 1990, 145. Ik moet volstaan met een verwijzing naar mijn *Hoofdstukken van Internationaal Strafrecht*, Nijmegen/Tilburg: Wolf Legal Publishers 2006 p. 217-228. Aldaar uitvoerige literatuuropgave.

²⁰ Dit Schengen III verdrag is ook wel bekend als het Verdrag van Senningen, Brussel 26 mei 2004, *Trb.* 2005, 35, dat voorlopig in Nederland toepasselijk is maar nog nadere formele implementatie bij wetgeving behoeft. Het verdrag van Senningen wordt gesecondeerd door het Verdrag tussen Nederland en de BRD, zie de goedkeuringswet *Stb.* 2006, 255. Maar ook dit verdrag moet nog nader via formele implementatiewetgeving uitgevoerd worden in Nederland.

²¹ Deze twee variaties van het territorialiteitsbeginsel opgevat als rechtsnormatief principe in het interstatelijk verkeer leveren de ‘Lotus-doctrine’ op naar het befaamde arrest van het permanente Hof van Internationale Justitie in 1927: zie Permanent Court of International Justice:

Dit zijn, dunkt mij, toch heel belangrijke strafvorderlijke waarborgnormen, en daarom is het vreemd dat de wetgever ze nergens vastlegde. Alleen via het laatste lid van art. 539a Sv²² en via de strafvorderlijke bepalingen omtrent het optreden van de zogeheten ‘gezamenlijke opsporingsteams’, neergelegd in de artt. 552qa²³ Sv vv. kun je impliciet afleiden dat dit de uitleg moet zijn die onze formele wetgever geeft aan het formele territorialiteitsbeginsel. Anders had hij die bepalingen gewoonweg niet nodig gehad. In art. 539a, derde lid, Sv zegt hij: Nederlandse ambtenaren mogen buiten het rechtsgebied van de Nederlandse rechter alleen maar strafvorderlijk optreden als dat in overeenstemming is met het internationale recht. En daarmee bedoelt hij: dat mogen zij alleen maar in interstatelijk ‘vrij gebied’ als het volkenrecht dat toelaat en binnen het territoire van een vreemde staat als die staat dat *goedvindt*. In art. 552qb Sv²⁴ stelt hij vast dat *buitenlandse* opsporingsambtenaren hier te lande niet zelfstandig mogen optreden en dat zij de *lex loci* moeten respecteren. Dan gaat het om buitenlandse ambtenaren van een internationaal gemeenschappelijk onderzoeksteam dat hier mag optreden met toestemming van Nederland. Maar dan nóg, ook al is dat team hier met toestemming, mogen die buitenlandse ambtenaren alleen maar de Nederlandse ‘assisteren’. Het gaat hier (voorlopig) om de uit-

Public. Series A Judgment no 9, *Case of the S.S. ‘Lotus’* Leyden 1927 en public. Series C Acts and Documents relating to Judgments and Advisory Opinions given by the Court, No 13, II, 12th (ordinary) Session 1927, *The ‘Lotus’ Case*, Documents relating to Judgment No 9; zie de algemeen aanvaarde interpretatie van dit beginsel bij: H.F.A. Donnedieu de Vabres, ‘L’affaire du Lotus et le Droit Pénal International’: *II Revue de Droit international et de legislation comparé*, 1928 p. 135-165.

²² Dit lid luidt: ‘De bevoegdheden, in de bepalingen van deze Titel toegekend, kunnen slechts worden uitgeoefend, voorzover het volkenrecht en het interregionale recht dit toestaan.’

²³ Het gaat hier om het openingsartikel van de Eerste afdeling A. van Titel X van Boek IV Sv, gewijd aan Internationale gemeenschappelijke onderzoeksteams. Het eerste lid, de eerste volzin, luidt: ‘-1. voor zover een verdrag daarin voorziet, kan de officier van justitie voor een beperkte periode, ten behoeve van strafrechtelijke onderzoeken, tezamen met de bevoegde autoriteiten van andere landen een gemeenschappelijk onderzoeksteam instellen.’

²⁴ Dit artikel luidt: ‘De uitoefening van opsporingsbevoegdheden op Nederlands grondgebied ten behoeve van het onderzoek van het gemeenschappelijk onderzoeksteam, bedoeld in artikel 552qa, geschiedt met in achtneming van het bepaalde bij en krachtens dit wetboek en de tussen de bij het gemeenschappelijke onderzoeksteam betrokken landen geldende verdragen.’ Uit de zinsnede ‘geschiedt met in achtneming van het bepaalde bij en krachtens dit wetboek’ volgt dat het artikel niet competentiescheppend is. De buitenlandse ambtenaren mogen *die* bevoegdheden uitoefenen die hun elders in het wetboek zijn toegekend. Geen ‘nieuwe’ dus. Dan gaat het in hoofdzaak om de bevoegdheden die die ambtenaren volgens Schengen II en III mogen uitoefenen, zoals voortgezette grensoverschrijdende achtervolging bij betrapping op heterdaad. Ze mogen dus niet in Nederland zelfstandig processen-verbaal gaan opstellen. Dat mogen ze alleen in hun ‘eigen’ buitenland. Zie art. 552qc Sv.

werking van een EU-verdrag²⁵ dat in de oprichting van zo'n team voorziet. Wat 'assisteren' is, dat moet de jurisprudentie maar uitmaken.

Nu is de vraag: *als* er tussen art. 261 Sv en 'het' territorialiteitsbeginsel op het punt van de eis van de plaatsbepaaldheid van het feit een onuitgesproken verbinding bestaat, met welke variant bestaat die verbinding dan? Met de formele of de materiële? Of met beide? Dat laatste zou vreemd zijn: want de materiële variant vloeit niet voort uit de formele en ook niet omgekeerd. Hier moet men kiezen. En wat zijn dan de consequenties?

II. Ontvankelijkheid of onbevoegdheid?

De tweede helft van de negentiende eeuw hebben strafjuristen erover gesteggeld hoe je dogmatisch de voorwaarden voor rechtsmachtuitoefening zou moeten zien: zijn dat nu materiële voorwaarden om het bereik van een delictsomschrijving te bepalen – en dus: *algemene* bijkomende voorwaarden van strafbaarheid, die alleen maar uit wetstechnische redenen niet per omschrijving herhaald worden – of zijn het *formele* vervolgbaarheidsvoorwaarden? De kwestie is natuurlijk ook bij de Commissie-de Wal op het tapijt gekomen, vooral toen beslist moest worden of de voorwaarden voor de 'heerschappij' der strafwet eigenlijk wel in het Wetboek van Strafrecht hoorden. De einduitkomst verraadt dat de Commissie voor de eerste optie koos. Zij achtte de connectie met het *formele recht* onjuist. Het gaat hier om de meest algemene gronden van strafbaarheid naar Nederlands recht die, waren ze negatief geformuleerd, evengoed als *strafuitsluitingsgronden* zouden kunnen worden gezien. Daaruit volgt dan ook dat deze voorwaarden van strafbaarheid los staan van de strafvordering en los van iedere strafvorderlijke regeling moeten worden vastgesteld, helemaal aan het begin van het onderzoek ter terechtzitting als zelfstandig thema, onafhankelijk zelfs van de strafbaarstelling waar de vervolging kennelijk op gericht is. De Commissie richt zich tegen de verschillende regelingen in de staten van de Noord-Duitse Bond, waarin wél een zekere band is aangenomen met de

²⁵ De zogeheten EU-rechtshulpovereenkomst, Akte van de Raad van 29 mei tot vaststelling overeenkomstig artikel 34 van het Verdrag betreffende de Europese Unie, van de Overeenkomst betreffende de wederzijdse rechtshulp in strafzaken tussen de lidstaten van de Europese Unie, *Publicatieblad* 2000/C197/01, ijb. art. 13 daaruit, *Trb.* 2000, 96; zie voor verdere details de goedkeuring bij Rijkswet Kamerstukken II 2001/02, 28 350 (R 1720) en de implementatiewet *Kamerstukken II* 2001/02 28 351, nrs 3-5; deze wet leidde tot de invoering van de artt. 552h, 552l en 552qa-qe Sv. Zie nader: C. Rijken, 'Joint Investigation Teams: Een nieuw instrument voor de grensoverschrijdende samenwerking in strafzaken, Een evaluatie van de eerste Nederlandse ervaringen met een JIT', in *Delikt en Delinkwent* 2007, 4 p. 70-93; Rijken noemt ook nog de andere internationale instrumenten die tot zo'n team aanleiding kunnen geven. Die heeft Nederland *niet* geïmplementeerd. Het gaat vooral om het Kaderbesluit van de raad van 13 juni 2002 inzake Gemeenschappelijke Onderzoeksteams (2002/465/JBZ) *Pb EG* 20.6.2002 L.162/2.

bevoegdheid tot strafvordering; sommige staten regelen daar de heerschappij van de strafwet zelfs in het wetboek van strafvordering. En dat is onjuist: hier gaat het om de uitoefening van het recht tot opzettelijke leedtoevoeging, het *ius puniendi*²⁶. Als men het verval van dat recht op basis van het ne-bis-in idem-beginsel in het Wetboek van Strafrecht regelt, dan kan het hier niet anders wezen.

De Commissie zou zich niet hebben kunnen voorstellen dat het Openbaar Ministerie via de telastelegging de rechtsmachtvraag zou kunnen beheersen door een feit dat feitelijk niet in Nederland is begaan tóch in de telastelegging in Nederland te lokaliseren. Ook De Jong stelt kort en goed dat de rechtsmachtvraag lós van de telastelegging beantwoord moet worden. Geen rechtsmacht, geen ontvankelijkheid. Zou dus het Openbaar Ministerie opzettelijk een feit dat juist over de Nederlandse grens is begaan toch in Nederland lokaliseren, dan behoort er geen vervolgingsrecht te bestaan: hier moet de strafrechter de grondslag van de telastelegging verlaten. Een andere benadering zou er immers toe leiden, zegt De Jong, dat op de

²⁶ Zie: A.J.A.van Dorst e.a. (eds.), *Notulen van de Staatscommissie voor de zamenstelling van een Wetboek van Strafrecht "1870/1876", Notulen, Bijlagen en Register*, Tilburg: Uitgave Katholieke Hogeschool Tilburg 1976, 8 delen, zie de vraagpunten in Bijlage 7, XII sub a. Grenzen van het gebied der Nederlandsche Strafwet (räumliche Anwendbarkeit), vraag 1: gaat het hier om materieel recht, vraag 2: moet de rechtsmachtkring *positief uitgedrukt* worden en de principiële beantwoording daarvan op de tiende vergadering, Notulen I, p. 101-104: de heer Modderman verwoordt het meerderheidsgevoelen als hij blijkens het verslag stelt – tegenover de leden Pols en Francois dat het hier natuurlijk om materieel recht gaat ‘De Heer Modderman sluit zich aan bij het betoog van den Heer de Pinto. Er is een misdrijf gepleegd, doch wegens een bezwaar, hetzij van ruimte (XIIa), hetzij van tijd (XIIb) kan de strafwet niet worden toegepast. De vraag is: is er een misdrijf? staat jure volkomen volkomen gelijk met die: is er een actie? En behoort hare oplossing te vinden in het materiële strafregt, evenals ook de leer der burgerregtelijke verjaring en van het wettig bewijs tot het materiële regt behoort. De Voorzitter zegt, dat deze onderwerpen in de duitsche strafwetboeken zijn geregeld, omdat men aldaar met de ontwikkeling van het materiële regt veel verder gevorderd is dan met die van het formele. Overigens geeft spreker de voorkeur aan een regeling in het wetboek van strafvordering, wegens den naauwen samenhang met den regel “ne bis in idem” die in dat wetboek omschreven is, terwijl bovendien het ontwerp wetboek van strafvordering reeds lang gereed is. Nadat de Heer Modderman nog heeft opgemerkt, dat ook het “non bis in idem”, d.i. het verval van de strafactie door *res iudicatae* een onderwerp is van materieel regt, wordt met 3 tegen 2 stemmen tot regeling van het leerstuk in het wetboek van *strafregt* besloten. De vraag sub XII a 1 wordt na eenige woordenwisseling eenparig beantwoord in bevestigende zin en daarmee die sub 2 in ontkennende zin. (...) De wet bepale: 1^e een misdrijf gepleegd binnen de grenzen van den nederlandschen Staat is strafbaar volgens de nederlandsche wet – 2^e een misdrijf buitenslands gepleegd valt niet onder het bereik der Nederlandsche strafwet. Op beide regels zijn uitzonderingen mogelijk, doch die op regel 1. zijn onmogelijk in het wetboek van strafregt afzonderlijk te bepalen, zij berusten op het beginsel van exterritorialiteit (XII a 3) dat in de toepassing aanleiding geeft tot hoogst moeilijke volkenregtelijke vraagstukken.’ Zie voor de verdere uitwerking hiervan: Notulen II, pp 2-9; 140; Bijlagen 48, 56, 58, 72, 72c; Notulen III, pp 3-20; Bijlage 103a sub art. 3, voorstel B, Bijlage 114; Notulen IV, p. 40, 348; Bijlage 153 sub no, 1.

bestaande telastelegging een vrijspraak zou volgen, omdat ter zitting de ‘werkelijke plaats’ van het delict niet bewezen zou kunnen worden. ‘Deze uitkomst zou in strijd zijn met het in de artt. 2 t/m 8 Sr neergelegde stelsel, omdat aldus een strafbaar feit, ten aanzien waarvan geen rechtsmacht bestaat, toch tot een *inhoudelijke* einduitspraak zou leiden. Deze artikelen moeten – net als *competentie*bepalingen die de verhouding tussen de *gewone* rechter en de *bijzondere* rechter regelen – worden aangemerkt als van zo “dwingende” aard, dat de grondslagleer daarvoor zal moeten wijken²⁷. In de toekomst zal deze beperking van de tirannie helemaal belangrijk worden wanneer internationale verdragen rechtsmachtregels gaan formuleren, voorziet De Jong in 1981. En inderdaad, er zijn nu zoveel verdragen die dat doen dat ik ze zelfs niet meer in een addendum kan formuleren. *Juist* omdat vervolgen zónder dat materiële rechtsmacht bestaat eigenlijk een soort misbruik is van bevoegdheid behoort de sanctie – niet-ontvankelijkheid – zich tegen het Openbaar Ministerie te richten en niet te leiden tot onbevoegdheid van de rechter, zo is de geïmpliceerde redenering van De Jong. De literatuur²⁸ lijkt hem hierin te volgen hoewel dit lang een twistpunt is geweest.

III. Het territorialiseren

Het aardige is dat De Jong hier het stelsel-de Wal ten einde denkt en wijzer is dan ‘de wetgever’, zoals een echte hoogleraar betaamt. Want de Commissie-de Wal is dat allemaal niet zó duidelijk geweest en de connectie met het verlaten van de ‘grondslag van de telastelegging’ bij dit soort rechtsmacht kwesties heeft zij helemaal niet getrokken. De grenzen van die grondslag waren destijds ook niet zo duidelijk getrokken; in de debatten met de Tweede Kamer blijkt ook wel dat Modderman – de Minister van Justitie die het wetboek verdedigde in 1881 – niet zo heel duidelijk voor ogen had wat nu het rechtsgevolg zou moeten zijn als het Openbaar Ministerie een feit zou willen vervolgen via het materiële territorialiteitsbeginsel terwijl uit het onderzoek ter zitting duidelijk zou blijken dat dat beginsel geen rechtsmachtuitoefening zou kunnen rechtvaardigen. Zoals vaker verwees Modderman de beslissing over die kwestie dóór aan de rechtspraak. Dat was wijs van hem²⁹.

Maar het probleem is, zeker thans: wanneer neemt het Openbaar Ministerie nu ten onrechte aan, dat een feit ‘althans (mede) in Nederland is begaan’ terwijl dat in werkelijkheid *niet* zo is zodat de grondslag van de telastelegging verlaten mag, neen, moet worden. Het moderne probleem van de locus delicti-fixatie is juist, dat de

²⁷ De Jong, *De macht van de telastelegging in het strafproces*, a.w. p. 62-63.

²⁸ Zie Corstens, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, a.w. p. 181-188.

²⁹ Zie: H.J.Smidt, *Geschiedenis van het wetboek van Strafrecht, Volledige verzameling van regeeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen enz.*, vijf delen, Haarlem: H.D.Tjeenk Willink 1881, deel I, p. 110-136.

begripsbepaling van die locus zeer vaag is geworden, mede en met name, omdat staten de plaatsbepaling van het delict veel meer zijn gaan zien als een rechtsnormatieve toerekeningvraag: is mijn nationale rechtsorde *dermate* door een feit geschokt of daarbij betrokken, dat ik, staat A, het feit als mede begaan in mijn territoire mag beschouwen ook al trad de dader fysiek op in staat B die daarom het territorialiteitsbeginsel claimt en mijn rechtsmachtaanspraak verwerpt als ‘volkenrechtelijk onrechtmatig’. Zeker, de meeste staten kennen wel iets als een ‘grondslag van de telastelegging’ – al is die zeker niet tiranniek – maar wat de plaatsbepaaldheid van het in de telastelegging verwoorde feit kennen zij allerlei constructies waardoor zij dat feit als binnen hun grondgebied begaan menen te kunnen beschouwen. Voor die toerekeningactiviteit hebben de internationalisten zelfs een nieuw werkwoord ontwikkeld: *territorialiseren*. Voor dat naar-zich-toeschoffelen-van rechtsmacht bestaan wel nationale regels, meest jurisprudentieel ontwikkeld, maar geen internationale, laat staan (op dat niveau) dwingende regels³⁰. Dat heeft de Europese Commissie tot haar leedwezen moeten vaststellen in haar Groenboek over het materiële strafrecht bij de EU-staten³¹. En naarmate die vaardigheid in territorialiseren toeneemt, neemt de betekenis van de ‘grondslagleer’ wat betreft de plaatsbepaaldheid van het telastegelegde feit ook af. Voor dat territorialiseren bestaan soms goede redenen. Laten we eens een paar gevallen bekijken, waarin dat toerekenen aan een territoire zoal niet gerechtvaardigd, dan toch zeer begrijpelijk is.

IV. Sekstoerisme

Een toenemend euvel – mede door het gemak waarmee men reizen kan – is het georganiseerde sekstoerisme, bijvoorbeeld naar landen als Thailand en de Filipijnen, waarbij het met name te doen is om minderjarigen die zich, door nooddrift gedrongen, prostitueren³². Op 23 februari 2007 ontving ik een delegatie Filipijnse (hoge) rechters die eigenlijk verhaal kwamen halen omdat Nederland wat hun betreft te weinig ‘deed’ aan dat georganiseerde toerisme, waarbij het reisbureau in

³⁰ Zie H.D. Wolswijk, *Locus delicti en rechtsmacht*, Deventer: Gouda Quint: 1998; dezelfde, ‘Plaats- en andere perikelen bij grensoverschrijdende criminaliteit: een bespreking van enkele arresten’, *Delikt en Delinkwent* 2000, p. 354-372. Zie voor de Nederlandse uitwerking van de locus delicti-problematiek: Corstens, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, a.w., p. 181-183.

³¹ Ik doel hier op het Groenboek over de onderlinge aanpassing, wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging van strafrechtelijke sancties in de Europese Unie, Brussel 7 mei 2004 (02.06) 9317/04 DROIPEN 16 COPEN 60 COM 2004 334 def. ihb. p. 55-105.

³² Zie: Jeremy Seabrook, *Nergens veilig, Extraterritoriale wetgeving in de praktijk: de vervolging van kinderseksuïsten in eigen land*, Amsterdam: Stichting ECPAT International (End Child Pornography and Trafficking of Children for Sexual Purposes) 2002.

Nederland gevestigd is³³. Inderdaad: tal van mogelijke gevallen waarin de verdenking van dit soort kinderexploitatie in beginsel gerechtvaardigd was, werden tot op heden in Nederland geseponeerd wegens bewijstechnische moeilijkheden *in de Filippijnen*, wanneer de vervolging gebaseerd was op het beperkt actief nationaliteitsbeginsel, verwoord in art. 5, eerste lid, ten tweede of art. 5a Sr. In zulke gevallen ging het dan om een vervolging van de 'toerist' na wederkeer in Nederland voor het in het buitenland begane seksdelict. Het probleem is in dit soort gevallen dat de lokale autoriteiten ter plaatse eigenlijk niet mee willen werken (via het verlenen van rechtshulp), omdat dit soort toerisme lucratief is, plaatselijke families op de been houdt (omdat de toerist relatief belangrijke giften doet en betalingen verricht) en de autoriteiten 'geïnteresseerd' blijken in dit soort financiële injecties. Alleen al het bewijs van de minderjarigheid van de slachtoffertjes is vrijwel een onmogelijkheid: er is ter plaatse geen burgerlijke stand, als die er al is, dan werkt ze gebrekkig en de kinderen weigeren hun leeftijd op te geven of suggereren meerderjarigheid. Gaat het om een klachtdelict, dan wordt er geen klacht ingediend. Bovendien is er vaak iets mis met de wederkerigheid van strafbaarheid die vereist is voor de rechtsmachtuitoefening op basis van het actief personaliteitsbeginsel in dit soort gevallen: de *lex loci* laat veel meer ongestraft dan in Nederland. Verder dekken de internationale criminele organisaties hun klanten ter plaatse zo effectief af dat reeds daarom de Filippijnse justitie van ingrijpen afziet. In 1996 is het het Haagse Openbaar Ministerie gelukt een Nederlander veroordeeld te krijgen via het actief personaliteitsbeginsel, maar dat kwam, omdat het kon beschikken over een overvloed van foto's en video's die de verdachte bij zich bleek te hebben toen hij op Schiphol inreisde en omdat in dit geval de Filippijnse autoriteiten hadden gevraagd aan Nederland om 'de zaak over te nemen' (en dat gebeurt ook niet zo vaak)³⁴. Het betrof hier een schrijnend geval, waarbij de Nederlander zijn slachtoffers in staat van bewusteloosheid of onmacht had gebracht. *Hier* heb je nu een geval, dat om het 'territorialiseren' van dit soort feiten vraagt, al was het alleen maar om al de jurisdictieproblemen te omzeilen en het ontbreken van aangiften ter plaatse die de *lex loci* als vervolgingsvoorwaarde stelt. Het reisbureau is in Nederland gevestigd; uit zijn contacten met buitenlandse operators kan de bestemming en het doel van de door het bureau georganiseerde reizen veelal vastgesteld worden. Dat blijkt vaak al uit de folders. Dat reisbureau bereidt het misdrijf voor. Maar waarom zou men bureau en toerist niet kunnen zien als 'medeplegers' van het misdrijf, waarbij de toerist dan mededeelt in de Haagse vestigingsplaats van het bureau als *locus delicti* van de uitvoeringshandelingen – gericht op de voltooiing van het sekstoerisme – van het bureau?

³³ Mijn voordracht met powerpoint presentatie (*Applying extra-territorial legislation for the prosecution of a Dutch sex tourist who committed sexual crimes in the Philippines*) [course on international criminal law for justices from the Philippines] vindt men op www.eulec.org.

³⁴ Men vindt de zaak, zij het enigszins voor een jurist onbeholpen (vreemde terminologie), besproken door Seabrook: *Nergens veilig*, a.w., casus 1.

Ook al is het feit fysiek voltooid in Manilla, aldus heeft het mede plaatsgehad te Den Haag. Bij medeplegen delen de mededaders over en weer in elkaars plaatsbepaaldheid toen zij hun uitvoeringshandelingen verrichtten. Rummelink placht te spreken van ‘daderschapsinfiltratie’³⁵, kenschetsend voor de accessoire deelnemingsvarianten. Die infiltratie houdt in dat de *objectieve* delictsbestanddelen onbeperkt over en weer aan ieder van de deelnemers toegerekend kunnen worden binnen het samenwerkingsverband. Welnu: de *plaats* van het delict is altijd zo’n bestanddeel. Dat volgt uit de artt. 2 Sr jo. 261 Sv. Vooral omdat rechtspersonen hier te lande wél en buiten de Unie bijna nergens als zodanig vervolgbaar zijn, zou dit voor toekomstige zaken – er worden er steeds meer aangemeld door non-gouvernementele organisaties³⁶ – voor *Nederland* een oplossing kunnen zijn om dit soort schrijnende negatieve jurisdictieconflicten te dempen, vooral als men bedenkt dat er voorlopig geen rechtshulpverdragen gesloten zullen worden tussen ons en landen waar dit soort toeristen aan hun gerief denken te komen. Hier loopt de territorialisatie via de uitleg van een deelnemingsvariant. Als nu in de telastelegging tegen de toerist zou staan ‘althans (mede) in Nederland’, zou dan de rechter niet gebonden zijn aan die locusfixatie? Zou juist hier de tirannie van de telastelegging deze vorm van territorialiseren niet tot *bewijsthema* maken waarover de rechter inhoudelijk een eindoordeel moet geven³⁷

³⁵ J. Rummelink, in de bewerking van D. Hazewinkel-Suringa's *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1973, p. 295-298: ‘Iedere medepleger behoeft niet volledig de delictsinhoud te vervullen. Er is een soort arbeidsverdeling met een aansprakelijkheid voor het geheel.’ Zie ook de vijftiende druk, Gouda Quint: Deventer 1996, p. 435-445; ‘Het typische van het medeplegen is immers, dat wel degelijk de delictsinhoud moet zijn vervuld, zij het niet door elkeen, die erbij betrokken is, in zijn geheel.’

³⁶ Zie: Filippijngroep Nederland (FGN), *Kinderprostitutie en Sekstoerisme, Een selectie van artikelen over de Filippijnen*, Nijkerk 1996 [ISSN 0927-6165]; ECPAT International Child Sex Tourism Survey, *Child Sex Tourism Action Survey*, Sendrine Fabié, Hervé Barioulet [eds], zonder plaats, 2001. Zie ook de UNICEF *Child Protection Information Sheets*, 2006; voorts: International Labour Office, *the End of Child Labour: Within reach*, Global Report under the follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, International Labour Conference, 95th Session 2006, Report I (B), ILO, Geneva, 2006; Defence for Children International, *No Kids Behind Bars: A Global campaign on justice for children in conflict with the law*, www.kidsbehindbars.org; United Nations Children's Fund, *Female Genital Mutilation/Cutting: A statistical exploration* 2005, UNICEF, New York 2005; United Nations Population Fund, *State of World Population 2005: The promise of equality: Gender equity, reproductive health and the Millennium Development Goals*, UNFPA, New York 2005; United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, *Eliminating Corporal Punishment, The way forward to constructive child discipline* UNESCO, Paris, 2005, UNICEF, *Profiting from abuse, An investigation into the sexual exploitation of our children*, New York 2001; Interparliamentary Union/UNICEF, *Combatting Child Trafficking*, New York 2006.

³⁷ Zie mijn: *Strafmachtsrecht, Algemeen Deel*, Arnhem: Gouda Quint 1983, p. 198-202: ‘Op het onderzoek ter terechtzitting blijkt, dat de plaatsopgave in de telastelegging strafrechtelijk onjuist was. Heeft nu de verdachte een straffmachtsuitsluitingsexceptie tot zijn beschikking en

V. Cybercrime

Het is al vaker geconstateerd: de moderne informatie- en communicatietechnologieën (ICT) ‘delocaliseren’ in toenemende het intellectuele delict. Het misdrijf is ‘grenzeloos’ geworden³⁸. Vroeger sprak men van computercriminaliteit. De ICT-mogelijkheden zijn echter zó verruimd, dat men van ‘cybercrime’ is gaan spreken. Onder dit begrip verstaat men alle strafbare gedragingen die gericht zijn tegen de integriteit en de beschikbaarheid van geautomatiseerde processen en middelen (computercriminaliteit in enge zin) en de strafbare handelingen waarbij ICT instrument of bepalende omgevingsfactor is. Het ‘ICT-haatzaaien’ waar ik hieronder apart over spreek, is daar een specimen van³⁹. Maar verder moeten we denken aan de verspreiding van kinderporno, de aanbidding van drugs, verboden medische preparaten, het terbeschikkingstellen van ‘euthanasieprogramma’s’, elektronische vermogensdelicten (aanbieden van illegaal krediet, oplichting, telefoonfraude, afpersing, etc.), delicten op het gebied van de intellectuele eigendom en aantasting van de persoonlijke levenssfeer (spam-verspreiding, internetstalking, etc.). Denk ook aan het rechtstreeks hacken van een database bij een internetwinkel of een creditcardinstelling om aan data te komen om de rekening van cardhouders te plunderen. Wat zijn hier de problemen?

–a. De geweldige differentiatie in de nationale strafbaarstellingen: wat in land A een ICT-delict kan zijn, is dat in land B niet; zo zien bepaalde Aziatische landen geen bezwaar tegen kinderporno zolang maar geen geweld bij de totstandkoming ervan gebezigd wordt; dit leidt dan weer tot het euvel van de *data havens*: elektronische vrijplaatsen vanwaaruit de ICT-dader feiten pleegt die op de lichamelijke plaats waar hij zit níet, maar in het buitenland wél strafbaar zijn.

kan hij de niet-ontvankelijkheid van het OM invoeren? Het antwoord is helemaal afhankelijk van de strekking die men wil toedenken aan de tirannieke werking van de grondslag der telastelegging. Wij menen dat dit antwoord ontkennend moet luiden, niettegenstaande de rubricering van art. 2 Sr in het Algemeen Deel van het Wetboek. De locus delicti behoort immers altijd tot de grondslag van de telastelegging en is dus deel van het bewijsthema. De rechter mag niet in limine litis buiten die grondslag even gaan kijken of het delict inderdaad daar begaan is, waar het OM het situeert. Het feit dat het delict niet te Amsterdam of te Nederland, maar te Tokio begaan is, is geen grond van niet-ontvankelijkheid maar een bewijsuitsluitingsgrond. Door het strafvorderlijk voorschrift van art. 261 Sv infiltreren naar Nederlands strafprocesrecht *alle* ruimtelijke strafmachtsvoorwaarden alsnog binnen het Tatbestand.’

³⁸ Zie: J.P.H. Donner, *Grenzeloos recht, De veranderende plaats en functie van het recht*, Preadvies voor de vergadering van de Calvinistische Juristen Vereniging op 7 mei 1997, Zwolle: W.E.J.Tjeenk Willink 1997; zie ook: dezelfde, *Europa, wat nu, Voorstudies en achtergronden*, Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, Den Haag: Sdu 1995.

³⁹ Zie: H.W.K.Kaspersen, ‘Bestrijding van cybercrime en de noodzaak van internationale regelingen’, opgenomen in: *Justitiële Verkenningen*, 8-04, Den Haag: Sdu 2004, p. 58-75.

–b. De rechtshulpmogelijkheden zijn heel beperkt: zo zijn bij het Cybercrime-verdrag⁴⁰ maar 38 landen aangesloten en zijn de landen nog steeds niet bereid elkaar toe te staan op eigen titel providers en sites binnen hun territoir te ‘bevragen’, laat staan dat zij accepteren zouden dat weigerachtigheid van de providers of beheerders strafbaar zou zijn als een soort ‘rechtshulpwederspanning’ binnen het nationale strafrecht van de territorialiteitsstaat; de Europese Unie hoopt de hierdoor ontstane gaten te dichten via Kaderbesluiten die daartoe gelanceerd of in de maak zijn;

–c. en verder hanteren de landen tal van uiteenlopende theorieën ter fixatie van de locus delicti juist van het ICT-delict⁴¹ en dat leidt weer tot positieve jurisdictieconflicten tussen de landen onderling, wat weer tot gevolg heeft dat de landen die zich menen te kunnen beroepen op het materiële territorialiteitsbeginsel niet bereid zijn elkaar rechtshulp te verlenen: ze vinden de rechtsmachtuitoefening van de andere partij onrechtmatig. Vooral hier heeft het territorialiseren een hoge vlucht genomen. Gelet op de euvels sub a. en b. genoemd is dat territorialiseren weer goed te begrijpen. Nu verloopt dat via een uitbreiding van de ‘lichamelijke locus delicti’: staten hanteren

–a. een excessieve variant van de leer van het instrument: overal waar de ICT-verbinding ‘loopt’ is het delict mede begaan;

–b. de leer van het constitutieve gevolg: overal waar de ICT-handeling zijn verstorend effect heeft gehad, zou kunnen hebben of in de voorstelling van de dader zou moeten hebben is het feit mede begaan;

–c. de ubiquiteitsleer: het ICT-feit is overal daar begaan waar de ICT-handeling effectief is geweest of effect zou hebben kunnen sorteren of in de voorstelling van de dader dat effect had moeten hebben – daargelaten of het ook is ingetreden.

Ook hier weer kan de vraag rijzen: wat, als het Openbaar Ministerie een ICT-feit mede in Nederland localiseert in de telastelegging, terwijl duidelijk is dat de kinderporno oorspronkelijk in Tokio op het internet is geplaatst en alleen maar in Nederland automatisch ter beschikking is gesteld? Stel dat het Openbaar Ministerie die vervolging entameert, alleen maar om die vervolgens over te dragen aan een staat waar men de Tokiose firma die de porno plaatste wél iets kan maken? Zou hier de rechter de grondslag van de telastelegging moeten verlaten omdat hier sprake zou zijn van excessieve rechtsmachtaanmatiging door het Openbaar Ministerie? Wordt hier het materiële territorialiteitsbeginsel misbruikt? Wie beweert van wél, moet zich er rekenschap van geven dat hij daarvoor criteria moet kunnen formuleren. Het internationale strafrecht was daartoe tot op heden nog niet in staat.

⁴⁰ Trb. 2002, 18.

⁴¹ C.B. van der Net, *Grenzen stellen op het internet*, Arnhem: Gouda Quint 2000. Zie ook mijn: *Hoofdstukken van Internationaal Strafrecht*, a.w., p. 207-136.

VII. Haatzaaien en Jihadisme

Ook het ‘haatzaaien’⁴² roept aandriften tot territorialiseren op. Hetzelfde geldt voor Jihadisme, waarbij internet medium is⁴³. Bij haatzaaien gaat het om het aanzetten tot haat jegens bepaalde personen of bevolkingsgroepen met het oogmerk zulks te doen resulteren in gewelddadigheden tegen die persoon of die groepen. Bij Jihadisme gaat het om het ‘werven voor een gewapende strijd gericht tegen de westerse samenleving, met het oogmerk een Islamitisch rechtsregiem te vestigen’. Dat ‘werven’ kan rechtsreeks neerkomen op het recruterende maar ook op fondswerving of het aanzetten tot het faciliteren van de gewapende strijd. Wanneer we de rapportage van de nationaal Coördinator Terrorismebestrijding erbij nemen zien we al aanstonds wat het probleem is: dat ‘zaaien’ en dat ‘werven’ gebeurt met name via of vanuit het buitenland. *Daarom* neemt de Coördinator maar, gemakshalve, aan dat van een *Nederlands* internet sprake is wanneer een website, een forum hetzij het Nederlands als voertaal heeft, hetzij op de een of andere manier georiënteerd is op Nederland hetzij fysiek of virtueel vanuit Nederland wordt gefaciliteerd of in Nederland draait. Wat de Coördinator hier doet zou je ‘verkapt territorialiseren’ kunnen noemen. Waarom doet hij dat? Volgens mij omdat bij dit ‘haatzaaien’ en ‘Jihadisme’ de rechtshulpbereidheid van staten onderling zo goed als minimaal is. Maar nu heeft dat met taalproblemen te maken. Want deze delicten worden voornamelijk begaan vanuit in het buitenland gelegen sites in de Nederlandse taal, en die is voor de territorialiteitsstaat weinig anders dan een grammaticaal georganiseerd gehoeest en gerochel. Daar heeft die territorialiteitsstaat geen last van, zelfs niet in het schier ondenkbare geval dat een eigen onderdaan de site zou bezoeken. Dat geldt ook als de uitingen op de site gesteld zijn in het klassiek hoog-arabisch. De Verenigde Staten hebben daar geen ‘last’ van, alleen in hoogst uitzonderlijke gevallen. Maar dan pakken zij de site zélf wel aan. In parentheses: hier hebben we behoefte aan een nieuwe rechtshulpvariant waarbij de Verenigde Staten Nederland zouden moeten toestaan zonder tussenkomst van de Amerikaanse justitiële autoriteiten de site te doorzoeken. Als we hier het klassieke rechtshulpverkeer willen gebruiken, komt men voor onoverkomelijke taalproblemen te staan. Dan moet men de Verenigde Staten vragen *in het Nederlands of hoog-arabisch* de site te doorzoeken. Ik wil niet zeggen dat ze dat nooit zullen doen, maar de uitvoering van het rechtshulpverzoek zal lang op zich laten wachten. Dat is ook de klacht van een provider als ‘Microsoft’: we willen wel optreden tegen ‘haatzaaien’ of ‘Jihadisme’ maar die uitingen kunnen

⁴² Zie mijn: ‘Van bamzaaien, haatzaaien en uitingsdelicten, Strafbepalingen over “aanzetten tot haat, agressie en geweld”’, opgenomen in: *Praktisch strafrecht*, (Liber amicorum J.M. Reijntjes), Nijmegen/Tilburg: Wolf Legal Publishers 2005, p. 557-576.

⁴³ Zie: Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding (NCTb), *Jihadisme en het internet*, Den Haag: Sdu 2006.

we gewoonweg niet 'lezen'⁴⁴. Hier roepen lacunes in de rechtshulpbetrekkingen het territorialiseren op en kan de grondslag van de telastelegging gebruikt worden om die leemten te dichten. Dat zet natuurlijk wel de achterliggende gedachte van art. 261 Sv – de dader moet de plaatsbepaaldheid van zijn delict kunnen kennen – onder druk, want op die manier zou Microsoft het 'haatzaaien' in Nederland (mede) begaan kunnen hebben.

VIII. Aanvoer van illegalen

Bij art. 26 van de Schengen-Uitvoeringsovereenkomst (SUO) hebben de staten zich verplicht hun nationale wetgeving zodanig in te richten dat vervoerders door wier tussenkomst een illegale vreemdeling in het nationale rechtsgebied is gebracht verplicht kunnen worden tot terugname. Verder verplicht de Uitvoeringsovereenkomst om in hun wetgeving een rechtsplicht ten laste van de vervoerder te formuleren om 'de nodige maatregelen te treffen om zich ervan te vergewissen dat de per luchtvaartuig of per schip vervoerde vreemdeling in het bezit is van de voor binnenkomst vereiste reisdocumenten.' Nalatigheid in dit opzicht moet door de staten negatief gesanctioneerd worden⁴⁵. Dat deed Nederland in de Vreemdelingenwet met een *strafbedreiging*. Als de vervoerder niet zorgt dat bij binnenkomst in Nederland de op de vreemdeling betrekking hebbende grensoverschrijdingsdocumenten of identiteitspapieren overgelegd kunnen worden aan de Nederlandse grensbewakingsautoriteit, is hij strafbaar. De wetgever heeft gemeend dat hier de leer van het constitutieve gevolg dit territorialiseren rechtvaardigde. Territorialiseren? Natuurlijk. Want wat de strafwet hier van de vervoerder vergt is dat hij bepaalde handelingen verricht in het buitenland, in de zogeheten risico-gebieden, de gebieden waarvan bekend is dat van daaruit vreemdelingen, aan wie de toelating hier te lande geweigerd zou moeten worden, inreizen terwijl zij zich tijdens de reis van de identiteitsbescheiden ontdoen. Het houdt in dat de KLM in Ethiopië de aangeboden paspoorten moet innemen of scannen en eventueel op hun intellectuele valsheid moet onderzoeken. De handeling – de nalatigheid om aan die plicht te voldoen – wordt hier, bij begripsbepaling, in het buitenland begaan. De strafbaarheid treedt hier te lande in, dat is wat anders. Wat is het constitutieve gevolg van nalatigheid? De 'documentloze aanwezigheid van een vreemdeling aan wie de toelating hier te lande geweigerd moet worden'. Waarom was hier dit wetstechnische territorialise-

⁴⁴ De advocaat van Microsoft, in het Verenigd Koninkrijk belast met de tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen, afkomstig uit EU-landen, klaagt: 'Het is mijn taak de mogelijke illegale inhoud van bepaalde MSN-berichten op te sporen. Maar jullie Nederlandse taal begrijp ik natuurlijk helemaal niet. Daarom werk ik samen met een advocatenkantoor uit Amsterdam ...'; zie: *Nieuwe Rotterdamse Courant/Handelsblad*, dinsdag 15 februari 2005, middenkolom, onderaan.

⁴⁵ Zie, uitvoerig, mijn: *Het nieuwste Nederlandse Vreemdelingenrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 91-124.

ren noodzakelijk? Wel, de Schengen-Uitvoeringsovereenkomst kon natuurlijk de Schengen-Staten niet *machtigen* om de heerschappij van hun nationale strafrecht uit te breiden tot landen *buiten* het Schengenrechtsgebied. Nu is, in de klassieke uitwerking van het materiële territorialiteitsbeginsel, zo'n machtiging ('permissive rule') ook niet noodzakelijk (alles mag, tenzij het volkenrecht het verbiedt), maar de kans dat hier zo'n verbodsnorm ('prohibitive rule') voorhanden zou zijn, is, gelet op de vrijheid van de burgerluchtvaart en de dienovereenkomstige luchtvaartfacilitatieverdragen⁴⁶ wel erg groot. Ook als het nalatigheidsdelict wordt begaan aan boord van een luchtvaartuig dat in Nederland staat geregistreerd (wat overigens zo goed als nooit het geval is) kan Nederland het territorialiteitsbeginsel niet inroepen, want het aanvaardt het beginsel 'schip is territoire' nu eenmaal niet. En het vlagbeginsel ex art. 3 Sr treedt pas in werking als het luchtvaartuig 'in vlucht' is – en dan is het in dit soort gevallen te laat. *Hier* schrijft dus de wetgever het Openbaar Ministerie een bepaalde territorialisatie binnen de grondslag van de telastelegging voor. Hier mag de rechter die grondslag zelfs niet meer verlaten omdat hij zou menen dat 'gezondigd' werd tegen het in de artt. 2-8 Sr neergelegde jurisdictiesysteem. Deze constructie van rechtsmacht via de leer van het constitutieve gevolg passeerde al enige malen zonder problemen de Hoge Raad⁴⁷.

IX. Transterritoriale milieudelicten

De zaak van het gifschip de 'Probo Koala' laat indringend zien hoe ook transterritoriale milieudelicten kunnen nopen tot territorialisaties, die wederom de verhouding tussen de artt. 2 Sr en 261 Sv onder druk kunnen zetten. Wat was er ook al weer aan de hand⁴⁸?

⁴⁶ Denk bijvoorbeeld aan het Verdrag van Chicago inzake de internationale burgerluchtvaart d.d. 7 december 1944, *Stb.* H 165, *Trb.* 1959, *Trb.* 1973, 109.

⁴⁷ Zie bijv. HR 11-07-2000, LJN AA6456. Daar was ten laste gelegd dat 'zij [namelijk: De KLM, toevoeging mijnerzijds] op een of meer tijdstip(pen) in of omstreeks de periode van 21 januari 1998 tot en met 22 januari 1998 te Lagos (Nigeria), althans buiten Nederland en/of te Schiphol, gemeente Haarlemmermeer, als vervoerder, door wiens tussenkomst (met vluchtnummer [...]) 25, althans een of meer vreemdeling(en) (van Nigeriaanse nationaliteit) binnen het grondgebied van Nederland werd(en) gebracht vanaf de luchthaven Lagos (Nigeria) aan welke vreemdeling(en) het niet krachtens een der bepalingen van de artikelen 8 tot en met 10 van de Vreemdelingenwet was toegestaan in Nederland te verblijven en/of welke vreemdelingen(en) niet volde(e)den aan de bij of krachtens algemene maatregel van bestuur vastgestelde vereisten ten aanzien van het bezit van een document voor grensoverschrijding, niet aan haar verplichting heeft voldaan om de nodige maatregelen te nemen en/of het redelijkerwijs te vorderen toezicht te houden om te voorkomen dat door die vreemdeling(en) niet werd voldaan aan een of meer vereiste(n), zoals genoemd in art. 6 lid 1 van de Vreemdelingenwet, immers heeft zij, verdachte [enz].'

⁴⁸ Zie: 'Amsterdams onderzoeksrapport Probo Koala gereed' in: *Het Parool*, 04-12-2006 p. 1; zie ook: *Kamerstukken II* 2006/07, 22 343, *Handhaving milieuwetgeving*, nr. 161, Extern Juridisch

Op 20 juni 2006 vraagt de handelsfirma Trafigura aan afvalverwerker Amsterdam Port Services (APS) een offerte voor de inname van zogeheten slops: een residu van afvalwater dat overblijft na tankreiniging van gasoline en caustic soda. De slops zitten aan boord van de door Trafigura gehuurde Griekse tanker 'Probo Koala' dat een tijdje voor Gibraltar heeft gelegen als drijvende opslag voor ruwe aardolie. APS biedt aan het afvalwater voor 12.000 Euro te verwerken. Op 2 juli daaraan volgend meert de 'Probo' aan in de Amsterdamse Afrikahaven. 's Avonds komt een APS-lichter langs en worden de afpompslangen aangekoppeld. Ongeveer 200 ton wordt overgepompt. Om 21.50u wordt dat pompen gestaakt mede vanwege de enorme stankoverlast. Er wordt afgekoppeld. De volgende dag wordt vastgesteld dat de slops van de Probo Koala vele malen vuiler (tien keer vuiler zegt Trafigura, tweehonderdvijftig keer vuiler zegt APS) zijn dan de maximaal in Nederland toelaatbare waarde voor scheepsafval. APS mag en kan niet verwerken in Amsterdam. Zij informeert bij andere bedrijven. Een verwerker in Moerdijk wil het wel doen, maar die vraagt 500.000 Euro. Dat vindt Trafigura te duur. Zij wil het slop terugnemen. Er ontstaat nu een patstelling. De Amsterdamse Milieudienst wil het terugpompen van het slop verbieden. APS vreest dat de 'Probo' zal vertrekken zonder het slop en dat APS dan zal opdraaien voor de verwerking. Het laat beslag leggen, maar uiteindelijk krijgt de 'Probo' toestemming de slops weer in boord te nemen en te vertrekken. De APS pompt de slops terug. De 'Probo' vertrekt eerst naar Estland en koerst naar Lagos, Nigeria, waar het gasoline lost. Dan vertrekt zij naar Abidjan, Ivoorkust. Daar lost het schip de olierestanten (gasolie en natronloog) bij een bedrijf dat de "verwerking" ervan op zich neemt voor 1500 tot 1800 US Dollar. Dat bedrijf loost de stoffen gewoon in het oppervlaktewater. Resultaat: 1700 mensen ernstig ziek, tien doden. Het Openbaar Ministerie arresteert twee Nederlanders. Het zijn de directeurs van APS. Het Openbaar Ministerie wil ook de kapitein van de 'Probo' vervolgen.

Wat je hier nu zou willen, is dat de Nederlandse strafvervolgning óók de *gevolgen* mede kan verdisconteren die (uiteindelijk) de te Nederland begane nalatigheden in Ivoorkust hebben teweeggebracht. Zou het niet onbevredigend zijn, als alleen maar vervolgd zou kunnen worden voor het niet-voorkomen dat de 'Probo' het slop terugnam en uitvoer, dus alleen maar voor ambtvergrijpen tegen de wet Milieubeheer of iets dergelijks? Hier kan het internationaal ontwikkelde 'beladingsbeginsel' wel-

Advies alsmede: het Rapport van de Commissie-Hulshof, *Rapport van bevindingen naar aanleiding van het onderzoek van de gang van zaken rond aankomst en vertrek van de Probo Koala te Amsterdam, vast gesteld op 30 november 2006*, Gemeente Amsterdam. Zie voorts: *Kamerstukken II 2006/07, 22 343, Handhaving milieuwetgeving*, Nr 169, Brief van de Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer; zie ook "Nederland kon afval gifschip niet verwerken" in: *Algemeen Dagblad* 14-09-2006, p. 11; 'Gifdumpen scheelt enorm veel geld' in: *Nederlands Dagblad*, 15-09-2006, p. 9; 'Gif in Ivoorkust hetzelfde als in Amsterdam', in *Trouw*, 15-09-2006, p. 10.

licht uitkomst bieden: een feit wordt mede begaan waar een vaartuig beladen is met de stoffen die het elders zou lozen – dat moet dan wel voorzienbaar zijn – en die daar strafrechtelijk relevante gevolgen (naar het recht van de beladingsstaat) zouden teweegbrengen. Hier wordt de gedragsleer, zie ik wel, opgerekt en maakt het beladen eo ipso ook deel uit van het ‘lozen’ en ‘verontreinigen’ als een soort voortgezette handeling⁴⁹. Bepaald onomstreden is deze gedragsleer niet. Zie ik wel, dan gaat het Antarctica-Verdrag van de Verenigde Naties⁵⁰ van deze theorie uit, mede om schepen strafbaar te kunnen stellen die op Antarctica koersen en daar noodzakelijkerwijze alleen al door hun vaart ter plaatse de permafrost onherstelbaar moeten beschadigen. Naar Nederlandse begrippen is ook hier een spanningsveld tussen art. 2 Sr en art. 261 Sv.

X. Dirk Herman en de *stabilitas loci*

Denkend aan Dirk Herman spint een milde weemoed mij in. Ik ontmoette hem voor het eerst begin 1982, toen hij in Tilburg aan wat toen nog een Hogeschool was gastcollege kwam geven, natuurlijk over de tirannie van de telastelegging. Hij was net gepromoveerd. Ik stond vlak voor mijn promotie en we kwamen natuurlijk over het plezier van het (academisch) schrijven te spreken tijdens de lunch. Daarna is hij mij of heb ik hem (dat is een kwestie van dialectiek) uit het oog verloren; ik had, ten gevolge van omstandigheden van mijnen wil onafhankelijk inmiddels het academisch circuit verlaten. Onherroepelijk, dacht ik, totdat in juni 1996 de telefoon rinkelde op mijn bureau in de delegatiekamer van de Permanente Vertegenwoordiging van Nederland bij de Verenigde Naties. Dirk Herman. Of ik belangstelling had voor een aanstelling als buitengewoon hoogleraar internationaal strafrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen? Ik was, moet ik bekennen, wel enigszins verbaasd. Dirk Herman moet hebben geweten dat ik in bovengenoemd circuit nu niet bepaald ‘reçu’ was; hij nam dus een zeker risico. Maar hij bleek genegen te zijn dat toch volledig te nemen. Veel komt dat niet voor. Dat blijft opmerkelijk, omdat in de Groningse vakgroep de leden onderling zeer accommoderen: ‘Einzelgänger’ komen er niet voor, als ik het goed zie. Ik noem dat typisch Gronings en inzoverre is Dirk Herman ook een echte Grönninger. Hij studeerde aan de Groningse Universiteit, werd er medewerker, promoveerde en werd er hoogleraar. In het canonieke recht noem je dat de ‘obligatio ad stabilitatem loci’: de verplichting van de kloosterling om niet verder dan één uur gaans zich te verwijderen van het kloostergebouw. En dat

⁴⁹ Zie: *Hoofdstukken van Internationaal Strafrecht*, a.w., p. 204-210.

⁵⁰ Zie: Verdrag inzake Antarctica, gesloten te Washington d.d. 1 december 1959, *Trb.* 1965, 148 en de Wet van 5 maart 1998, houdende regels ter bescherming van het Antarctisch Milieu ter uitvoering van het Protocol betreffende milieubescherming bij dat Verdrag; zie ook de herziene tekst *Trb.* 2005, 332 in het bijzonder het bijbehorend Protocol betreffende milieubescherming; zie voor de uitvoeringswetgeving ook *Stb.* 2005, 705.

geldt dan alleen nog maar voor hen, die geen absolute contemplatie bedrijven maar zich bekennen tot een 'vita mixta', een leven, waarbij men óók 'in de samenleving' van nut moet zijn. Een 'vita mixta' heeft Dirk Herman geleid. De *stabilitas loci* volbracht hij moeiteloos. Zijn territoire was hem tiranniek.